

USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Cuestionamiento a la discrecionalidad en el régimen de medidas cautelares constitucionales en Ecuador

Questioning of Discretion in the Regime of Constitutional Preliminary Injunctions in Ecuador

Alfredo Sebastián Coloma Gaibor*

Recibido / Received: 22/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1699

Citación:
Coloma Gaibor, A. S. «Cuestionamiento a la discrecionalidad en el régimen de medidas cautelares constitucionales en Ecuador». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 249-262, doi:10.18272/ulr.v7i1.1699.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ascoloma@estud.usfq.edu.ec.
ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-1763-4117

Resumen

Una realidad incómoda, pero abiertamente aceptada, es que los sistemas de justicia latinoamericanos están lejos de ser eficientes. Ecuador no es la excepción. Y no es que no se pueda obtener justicia por parte del Estado, pero la sociedad se ha convencido de que esto puede tardar en llegar. Mecanismos como las medidas cautelares buscan solventar esta dificultad relacionada a la dilación en los procesos, producto del congestionamiento en los servicios jurisdiccionales. En el entorno jurídico la respuesta a un problema puede ser la causa de muchos otros, siendo esto consecuencia de una legislación plagada de antinomias que pueden llevar al sujeto de derechos a la indefensión. Esta es la razón por la cual el presente artículo busca ser una exposición de la normativa pertinente al caso, para así conducir al lector a una discusión fundamentada sobre las implicaciones éticas y legales con respecto de las medidas cautelares.

Primero se brindará un recuento del desarrollo de medidas similares en Ecuador, después buscando aterrizar las debilidades de la normativa expuesta, se utilizará la resolución 2015-10509. Tratándose el caso de un tema relacionado con la salud, específicamente los procedimientos de diálisis, una revisión del régimen jurídico pertinente aclarará cómo se conectan las medidas cautelares con los derechos fundamentales. Subsecuentemente se retomarán los alcances de la normativa que regula esta garantía jurisdiccional y evidenciando el riesgo que comprende la discrecionalidad que desencadena en posibles abusos del derecho, posteriormente se abre paso a la crítica y a la observación de que el régimen jurídico ecuatoriano, en lo que respecta a este capítulo, atenúa su rigor. Recalcando que la delicadeza del tema radica en las facultades de una institución que permite generar prohibiciones o forzar ciertos accionares con incidencia directa sobre los ciudadanos, sin tener un procedimiento de juicio de por medio.

Palabras Clave

Medidas cautelares; derechos fundamentales; prestación de servicios de salud; incumplimiento contractual; abuso del derecho; garantía constitucional; diálisis

Abstract

An uncomfortable reality, but openly accepted reality is that Latin American justice systems are far from being efficient. Ecuador is not the exception. And it is not that justice cannot be obtained from the State, but society has convinced itself that it may take time to arrive. Mechanisms such as precautionary measures seek to resolve this difficulty related to the delay in the processes resulting from the congestion of the jurisdictional services. In the legal environment, the answer to a problem can be the cause of many others, as a consequence of a legislation plagued with antinomies that can lead the subject of rights to a state of defenselessness. This is

the reason why this article seeks to be an exposition of the pertinent regulations to the case, in order to lead the reader to a well-founded discussion about the ethical and legal implications regarding precautionary measures.

First, an account of the development of similar measures in Ecuador will be provided, then seeking to ground the weaknesses of the exposed regulations, resolution 2015-10509 will be used. As this case is a health-related issue, specifically dialysis procedures, a review of the relevant legal regime will clarify how precautionary measures are connected to fundamental rights. Subsequently, the scope of the laws that regulate this guarantee will be retaken and the risk that the discretion that triggers possible abuses of the law will be evidenced, after which it opens the way to criticism and observation that the Ecuadorian legal regime, regarding this chapter, seems to mitigate its rigor. The sensitivity of the issue lies in the powers of an institution that allows the generation of prohibitions or forcing certain actions with direct impact on citizens without having a trial procedure involved.

Keywords

Preliminary injunctions; fundamental rights; provision of health services; contractual breach; abuse of law; constitutional guarantee; dialysis

1. Introducción

El uso de las herramientas constitucionales, por su propia definición, pretende proteger los derechos consagrados en la norma suprema del Estado. En cuanto a materia de derecho respecta, cabe decir que estas garantías jurisdiccionales son aquello que da respuesta en las ocasiones que el sistema parece fallar, así como cuando los poderes del Estado sobrepasan sus facultades o que por negligencia terminan afectando a los ciudadanos y vulnerando los derechos que este mismo les ha otorgado, en el marco de esta posibilidad. "[Sería] absurdo un sistema que reconociera a la persona un derecho y que, sin embargo, le dejara indefensa cuando ese derecho fuera conculcado"[1]. Este respaldo que se brinda a los ciudadanos no es reciente en Estados Unidos donde, así como en la Francia del siglo XVIII, se dieron las condiciones necesarias para el surgimiento de constituciones que garantizaban derechos fundamentales a través de los jueces y el congreso, respectivamente[2].

Lo que sí resulta reciente es la introducción de las medidas cautelares constitucionales en el ordenamiento ecuatoriano. Si bien en la Constitución de 1998 se hace una referencia imprecisa a estas, solo en "La Constitución de

1 Trujillo, Julio César. *Antecedente histórico,* p. 5. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 3-21.

2 *Cfr*. Trujillo, Julio César. *Antecedente histórico.* En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 3-21.

la República de 2008, se refiere de manera expresa a las medidas cautelares constitucionales y refiere que pueden solicitarse de forma autónoma o conjuntamente con otras garantías constitucionales"[3]. Con esta aclaración Efraín Pérez no solo ubica en el tiempo la aparición de estas medidas, sino que las incluye dentro del bloque de garantías constitucionales del cual usualmente quedan excluidas, quizá porque ordinariamente no es un proceso sino un preludio para uno.

Las medidas cautelares son un instrumento peculiar porque el Estado usualmente se reserva su capacidad de coacción en el actuar de los ciudadanos para utilizarlas una vez que el poder judicial haya decidido sobre las controversias. Las medidas cautelares irrumpen en este orden que busca la protección de un procedimiento que cumpla ciertos parámetros, actuando de inmediato y sin tener de por medio un juicio. Esto con el interés de preservar derechos en situaciones que ameritan la inmediatez, pues se reconoce la deficiencia del Estado al momento de responder a los ciudadanos en su clamor de justicia. Rocco habla de estas en el campo de lo civil: "Se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o hechos impugnables a las partes"[4]. Es decir que no se pretende dar resolución a un hecho controvertido, sino, en realidad, proteger la situación de un bien o, en materia constitucional, precautelar un derecho.

Por la necesidad antes descrita se dejan de lado ciertos requerimientos que sí se tomarían en cuenta en otras situaciones al momento de hacer uso de las facultades discrecionales del Estado. En el presente artículo se busca cuestionar las consecuencias de desatender estos parámetros. Las medidas cautelares pueden ser requeridas en una infinidad de situaciones y son las particularidades del caso las que definirán el análisis valorativo, por lo que de forma ejemplificadora se tomará el juicio No. 2015-10509. Aceptando que la particularidad de una situación no puede extrapolarse a la generalidad de la aplicación de esta herramienta, pero, buscando generar un debate sobre los efectos perjudiciales de la misma, se presenta a continuación una sucinta narración del caso.

El caso de estudio es el Juicio No. 2015-10509 a cargo del juzgador Luzarraga Hurtado Teófilo. Sustanciado en la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Guayaquil, por la parte actora comparece la Dra. Yolanda Inés Salcedo Faytong en calidad de coordinadora Zonal 8 De Salud y propone la acción constitucional de medida cautelar contra las compañías Integraldial S.A, Nefrosalud S.A, Unidial Unidad de Diálisis del Norte, Centro de diálisis y trans-

3 Pérez, Efraín. *Las Medidas Cautelares Constitucionales,* p. 28. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.

4 Rocco, Ugo. *Tratado De Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar*. Bogotá: Temis, 1977, p. 16. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.

plantes[5] Biodial S. A., Unidad de diálisis peritoneal integral "Dialinter"C. LTDA, I.E.D.Y.T. S.A., Instituto Ecuatoriano de Diálisis y Trasplantes. Es así como el miércoles 7 de octubre del 2015, el juzgador concede las medidas cautelares solicitadas por la Dra. Salcedo Faytong que consistieron en tres puntos.

> (i) Que las personas jurídicas que prestan los servicios de salud de DIÁLISIS, en la interpuesta persona de sus respectivos representantes legales, se abstengan de adoptar cualquier medida que impida la atención, a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud. (ii) Se remita oficio a la Fuerza Pública, por medio de la Policía Nacional, a fin de que presten su apoyo para el cumplimiento y seguimiento de las medidas cautelares que se dispongan. (iii) Se remita [a la Defensoría del Pueblo] para que realice el seguimiento correspondiente a este caso, acorde al Art. 34 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[6].

Estas medidas se otorgan con base en la amenaza de suspensión del servicio de diálisis evidenciada en titulares de ciertos diarios, además del temor ciudadano por la sospecha de la falta de pago en las recientes mensualidades hacia las empresas por parte del Ministerio de Salud, que se hizo evidente en manifestaciones fuera de las instituciones. Existe un punto que se tratará en breve, el cual se deriva de la discusión planteada anteriormente y es relativo a los cuestionamientos que ocasiona el hecho de que las medidas cautelares de carácter constitucional sean solicitadas por el mismo Estado ecuatoriano.

2. Medidas cautelares

Para el presente artículo son de interés principal las medidas cautelares constitucionales, pues son a las que refiere el caso expuesto anteriormente. Sin embargo, es preciso repasar las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico y los procedimientos civiles. Estas buscan, según lo define Roberto Villarreal, "asegurar la pretensión de las partes mientras dure la pendencia del proceso"[7]. El razonamiento sobre la existencia de las mismas es sencillo de entender, especialmente dentro del ordenamiento ecuatoriano, en el cual no se puede desconocer la realidad de la burocracia y el letargo en nuestro sistema de justicia, ejemplo de esto son las más de diez mil causas represadas que la Corte Constitucional reportó en febrero de 2019[8]. Mientras duran los procesos en las diferentes instancias, el objetivo de tener una justa solución a los problemas sociales puede desvanecerse.

5 El término correcto conforme las reglas de la RAE es trasplante. Al ser el nombre de una institución, se mantiene transplante.

6 Unidad Civil Cantón Guayaquil. *Causa No.2015-10509*. Auto Interlocutorio, 7 de octubre de 2015.

7 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 24.

8 *Cfr*. Romero Daniel. "La Corte Constitucional resolvió 595 causas en su primer año". *El Comercio.* 5 de febrero de 2020.

En el Código Orgánico General de Procesos, el artículo 124 expresa: "Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito"[9]. Si bien en el artículo se habla de secuestro o retención, no hay motivo por el cual esta disposición no se pueda extender a todas las medidas cautelares que se enlistan en dicho código. Esto habla del amplio rango de aplicación de la herramienta al poder ser solicitada por cualquier persona. Es así como existen dos requisitos a considerar por el juez al momento de aprobar dichas medidas: *periculum in mora* y *fumus bonis iuris.*

El peligro en la demora hace referencia a que la providencia final de un juicio llegue oportunamente mientras aún exista la posibilidad de cumplir las pretensiones, ya sean estas materiales o personales. Es así como, si se presume un riesgo de que no se llegare a hacer efectivo el anhelo de justicia por tener una providencia extemporánea, será posible aplicar una de estas medidas siempre y cuando se combine con el segundo requisito: la apariencia de un buen derecho. El juzgador deberá tener un conocimiento que no debe ser exhaustivo, pues, evidentemente, este se obtendrá una vez terminado el juicio, pero sí debe ser suficiente para justificar la protección de dichos derechos por medio de estas medidas. Parece ser entonces que la siembra de la incertidumbre sobre la afectación a derechos protegidos requiere ya un movimiento del aparataje estatal.

2.1. Medidas cautelares constitucionales

Entrando en materia que compete al caso descrito, las medidas cautelares constitucionales se manejan bajo un régimen especial. Estas medidas no cumplen una de las características de las medidas cautelares en el ámbito de lo civil. No se trata de asegurar las pretensiones de las partes mientras dura un proceso pues no necesariamente existiría uno. En estos casos se busca preservar derechos fundamentales que estén en inminente amenaza o se estén lacerando. Esta connotación se da en el artículo 87 de la Constitución de la República: "Se podrán ordenar medidas cautelares… con el objeto de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de un derecho"[10].

Es este artículo el que abre la posibilidad de activar el aparataje estatal e incluso hacer uso de la fuerza pública sin tener un dictamen judicial. Y es que es importante resaltar la particularidad de esta herramienta en consideración de lo restrictivo, protocolario e incluso formalista que el ordenamiento suele comportarse. Entendiendo a este último adjetivo como "una práctica buro-

9 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 124. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2016.
10 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

crática, que se manifiesta por la discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones por transmitirse de forma neutra y seguir sin cuestionarse la letra de la ley y, en suma, por aferrarse al sistema inquisitivo"[11]. Pero con esto se pone en la palestra la incapacidad del Estado de dar respuesta efectiva y eficiente por medio de los instrumentos ordinarios que siguen normas tradicionales de un debido proceso y se abre esta posibilidad con carácter excepcional pero con una aplicación amplia. Se dice amplia pues es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), la que en el artículo 26 agrega a lo dicho por la Constitución que esto será aplicable para "los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales"[12]. Es decir, se han agregado ya los derechos de instrumentos internacionales y, si se quiere ser aún más enfático en lo extensa que se vuelve la aplicación de la definición del artículo 87 de la Constitución, es pertinente referirse también al artículo 11 de la misma norma donde se aclara que "los derechos reconocidos no excluyen a aquellos derivados de la dignidad humana"[13].

Así lo menciona Roberto Villareal: "las medidas cautelares son instrumentos de protección de todos los derechos que se derivan de la dignidad humana así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos"[14]. Con esta aclaración se evidencia el ámbito de aplicación de las medidas cautelares de carácter constitucional, el cual está lejos de ser reducido o excepcional y conduce de inmediato al cuestionamiento sobre los abusos que pueda ocasionar y el peligro que pueda representar para los ciudadanos.

En respuesta a esto, la Constitución guarda silencio y la LOGJCC se pronuncia mediante el artículo 27. "Inminente y grave"[15] son los requisitos para que el juzgador conceda o niegue la petición de cualquier persona de aplicar una medida cautelar. La inminencia, advierte la doctrina, no debe ser confundida con la certeza. Por lo que podría tratarse de un hecho futuro o incluso presente el cual amenace o lesione un derecho, dejando fuera a hechos pasados. Por otro lado, la gravedad es el requisito que lleva a catalogar a este instrumento como excepcional, pues "se aplicará cuando las garantías ordinarias no sean suficientes. La gravedad de la amenaza debe ser consecuencia de un peligro real"[16]. Refiriendo al caso concreto expuesto, el cuestionamiento inmediato es si las publicaciones de los diarios se pueden catalogar como la evidencia de un peligro real.

11 Ávila Santamaría, Ramiro. *¿Cambio de personas para cambiar la justicia? Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social.* En Ecuador Debate. Justicia y poder. Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, 2011, pp. 61-74.

12 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 26. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

13 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.

14 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 87.

15 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. *Eiusdem.* Artículo 27.

16 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 95.

3. Aplicación real de las medias cautelares constitucionales

Es útil advertir que el caso señalado es un parámetro de análisis ya que resulta particularmente ilustrativo siendo la medida cautelar concedida en base a pruebas de conocimiento público como lo son los periódicos, además tiene derechos conculcados directamente por esta herramienta. Las pruebas presentadas en la causa 09332-2015-10509 son, como ya se mencionó, los titulares de tres diarios de gran circulación: El Comercio, El Telégrafo y Diario Expreso. Uno de los artículos se titula: "[…] los pacientes con diálisis y sus familiares protestaron"[17]. ¿Es esta una muestra de una amenaza real a un derecho? El juez Teófilo Luzarraga Hurtado, quien sustanció esta causa, se pronunció en el auto afirmando que "resulta innegable que el servicio médico de salud prestado por las personas jurídicas accionadas en calidad de prestadores de los servicios privados de salud, de [diálisis], podría suspenderse"[18]. Pero ¿no es esta una consideración desmedida? En contraparte a lo dicho por los diarios están los directivos de dichas compañías:

> En los sueldos estamos al día, pero debemos al IESS, al SRI, y ya se viene diciembre, un mes crítico porque hay que pagar el décimo. Esto comenta el director de una clínica, quien prefirió la reserva. Sostiene que jamás dejaron de dar el servicio y ni es su intención[19].

Las versiones vertidas apuntan a realidades absolutamente distintas y el panorama se muestra lejano a lo que la norma refiere sobre tener una amenaza real, entrando en el terreno de la duda razonable. ¿El t emor ciudadano puede ser considerado una amenaza real? Efraín Pérez explica que "el peligro de daño tendría que ser inminente, es decir que la ocurrencia del daño podría ocurrir en cualquier momento. Es decir, no se trata de la posibilidad o eventualidad de un daño"[20]. Entonces, la discrecionalidad de la norma al hablar de amenaza real sin definir y delimitar este término parece complicar la aplicación concreta de este instrumento dejándolo a valoración del juez.

En el caso pertinente cabe decir que el derecho a proteger era el primordial derecho a la salud respaldado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 3: "garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud […]"[21]. Por consiguiente, también el derecho a una vida digna garantizado en la Carta Magna en su artículo 66 inciso segundo. Teniendo en mente que el derecho a la salud se cataloga como

17 Unidad Civil Cantón Guayaquil. *Causa No.2015-10509*. Auto Interlocutorio, 7 de octubre de 2015.
18 *Ibíd.*
19 "Preocupación ronda en clínicas de diálisis por falta de pagos y medida". *El Universo.* 19 de octubre de 2015, párr. 7.
20 Pérez Efraín. *Las Medidas Cautelares* Constitucionales, p. 37. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.
21 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

primordial en el ordenamiento ecuatoriano, según lo dicta la Constitución, es comprensible el afán de los administradores de justicia.

Pero se cuestiona qué sucede con los derechos que se han violado a causa de estas medidas en un intento de proteger la amenaza a la salud, entre ellos el derecho a la libertad de empresa, la libre contratación, derechos a la propiedad respaldados en la Constitución artículo 321. Estos derechos han sido coartados. No existe, sin embargo, el afán de ponderar o comparar dichos derechos, pues la Constitución ya cataloga a la salud como primordial. De todas maneras, sí parece pertinente entrar en una discusión sobre la responsabilidad del Estado al momento de aplicar medidas que restringen las libertades sin tener un proceso judicial previo. Es así como la discusión que viene desarrollándose puede concretarse, enfatizando en los criterios a utilizarse para la aplicación de las normas. ¿Son las notas periodísticas o la preocupación ciudadana suficientes para justificar dichos detrimentos en los derechos? Y es así como se debe plantear la situación, pues, de otro modo y ante la mirada pública, el dilema se oculta tras el interés general de que se brinde atención a la salud. Pero eso no se discute, sino que se critican los medios para la obtención de dicha atención y si el Estado ha hecho lo posible para no afectar a terceros en su misión de garantizar el derecho a la salud.

Entonces, sí se parte de la afirmación de que efectivamente ha existido un detrimento en los derechos de los afectados por las medidas cautelares. Esto se contrapone al principio de estas medidas de no ser un pronunciamiento sobre el fondo. Sobre esto, la Corte Constitucional aclara que las medidas son pertinentes, como ya se ha dicho, cuando exista presunción de vulneración a un derecho, "pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento"[22]. Asimismo, el Artículo. 28 de la LOGJCC dicta que "[e]l otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá pre juzgamiento sobre la declaración de la violación"[23].

Pero, en contraposición a esto, el caso que se encuentra en discusión tiene como hecho fáctico la declaración en bancarrota de una de las empresas que fueron sometidas a la medida cautelar como evidencia de que se ha ocasionado un perjuicio[24]. No se debe, de todos modos, confundir el perjuicio causado con un juzgamiento y hacer una mezcla entre los nexos causales, pues este detrimento en las finanzas de la empresa no se ha dado como consecuencia de un juzgamiento o por afirmar la culpabilidad en sus actos. Parece ser que de lo

22 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No 001-10-JPO-CC*. Sentencia septiembre 2010.

23 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 28. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

24 *Cfr*. "Preocupación ronda en clínicas de diálisis por falta de pagos y medida". *El Universo.* 19 de octubre de 2015.

que podríamos hablar se acerca más a un daño civil, una suerte de cuasidelito, ya que sí existe un nexo causal entre el daño causado y la medida cautelar interpuesta por parte del Estado. La prohibición de suspender el servicio de diálisis ha causado el endeudamiento de las compañías hasta un punto insostenible. Se podría atribuir esto a las conocidas obligaciones de un negocio asociado a la salud, pero esto toma especial relevancia al entender que la suspensión y el endeudamiento son producto de una falta de pago, rubro al que está obligado el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Salud Pública. Es decir que, enmascarado en diferentes instituciones, el estado aparece como defensor de derechos vulnerados por la falta de pago de sí mismo, fuera del caso particular el dilema recae en que las consideraciones de los juzgadores al momento de otorgar las medidas cautelares parecen no observar el panorama completo.

En cuanto a las responsabilidades estatales, ¿qué sucede cuando el Estado utiliza las herramientas de derecho para excusarse de su propio incumplimiento? Esta es la situación del caso estudiado. El Estado, en un claro incumplimiento contractual, no realizó los pagos pertinentes. El hecho de que existan tres meses de facturas sin pagar genera incertidumbre en los pacientes y sus familiares, ocasionando las publicaciones en medios de comunicación. Hay que remitirse al artículo 23 de la LOGJCC, el cual contempla la figura de abuso del derecho "[e]n los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño"[25].

El análisis del caso no revela un ánimo de causar daño por parte del Estado, puntualmente, el Ministerio de Salud Pública, quien es la entidad proponente de la medida cautelar y contratante de los servicios de salud. Pero si se propone una medida cautelar para forzarlas a seguir prestando el servicio y por ende incurrir en costos operativos, aún con conocimiento del incumplimiento del pago de una obligación vencida y a sabiendas del daño que esto puede causar en las instituciones privadas con legítimo fin de lucro. Parece estar en el terreno de la mala fe. "N[o] puede obrarse contra derecho y conforme a derecho, pues ello implica una contradicción lógica"[26]. Es el Estado ecuatoriano el que realmente ha fallado a su deber de cuidado al incumplir el artículo 3 de la Constitución en el cual garantiza el derecho a la salud. Deber que ha sido descuidado por haber caído en el incumplimiento de una obligación contractual.

25 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 23. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

26 Rodríguez Grez, Pablo. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1999, p. 341.

3.1. El derecho a la salud en el marco de las medidas cautelares

Como se ha venido anticipando, la resolución seleccionada presenta una particularidad que se tratará de demostrar a continuación: el Estado le presta una inusual atención a este derecho. Lo que siembra la duda sobre la capacidad real del Estado de concretar los derechos que reafirma en severas ocasiones. Para empezar a revisar la normativa que atañe al caso existe una puntualización importante con respecto al tratamiento de diálisis. La Real Academia de la Lengua lo define como un "procedimiento que elimina de la sangre el exceso de sustancias nocivas"[27]. Dicho procedimiento tiene un amplio rango de aplicación y es un tratamiento para una multiplicidad de enfermedades. Una de ellas es la insuficiencia renal crónica. Esta enfermedad es importante en este contexto porque el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Salud Pública, la declaró como catastrófica. La Ley Orgánica de la Salud en su capítulo tres afirma:

> El Estado ecuatoriano reconocerá de interés nacional a las enfermedades catastróficas y raras o huérfanas; y, a través de la autoridad sanitaria nacional, implementará las acciones necesarias para la atención en salud de las y los enfermos que las padezcan.
> Las personas que sufran estas enfermedades serán consideradas en condiciones de doble vulnerabilidad[28].

Teniendo en cuenta dicha definición encontrada en la norma, y en vista de la declaración ministerial, el Estado falla en la protección de un grupo doblemente vulnerable y deja de lado un interés nacional como lo son estas enfermedades. Por lo que reitera este fervor del Estado en atiborrar las normas de garantías y derechos pero que, en estricto pragmatismo, no está preparado para cumplir.

Otro ejemplo de lo mencionado es el incumplimiento al Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se establece, en su artículo 12, como obligación estatal: "d) La creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad"[29]. Cosa que se vuelve imposible en vista de la inoperancia del Estado, ya que no se han liberado los recursos necesarios para garantizar dicha atención imposibilitando conseguir "el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[30]. Ricardo Barona Betancourt recuerda sobre los sistemas de salud pública que "[e]n materia de financiamiento se debe implementar un sistema

27 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española (22.a ed.)*. Madrid, Espasa: Autor, 2001, p. 815.
28 Ley Orgánica de Salud. Capítulo 3. Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.
29 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Artículo 12.
30 *Eiusdem*.

pluralista que contenga fondos públicos y privados […] debe incluir mecanismos de pago adecuados para este propósito"[31].

Sobre este financiamiento se dice en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud Pública, en el artículo 14: "El financiamiento es la garantía de disponibilidad y sostenibilidad de los recursos financieros necesarios para la cobertura universal en salud de la población"[32]. Siendo el financiamiento la garantía de un sistema de salud adecuado, es entonces el Estado responsable de liberar dichos fondos, ya que por medio de ellos se cumple el deber de garantizar la salud. El Estado ecuatoriano ha buscado garantizar su obligación en materia de salud con los ciudadanos contratando empresas que brinden un servicio pero, al no cumplir las obligaciones contractuales, ha fallado en la garantía de este derecho de forma indirecta.

La entidad responsable de realizar los desembolsos para realizar los pagos es el Ministerio de Finanzas. Estos fondos son los que el Ministerio de Salud Pública utiliza para realizar las contrataciones y pagos. Si bien existe un problema manifiesto sobre la comunicación entre dichas instituciones que ha sido evidenciado en varias ocasiones respondiendo a una incomprensión de la institucionalización del estado, es el mismo Ministerio de Finanzas el que revela las cifras del presupuesto general del Estado y aclara que:

> En tercer lugar está Salud con [el] ocho por ciento previsto especialmente para el programa 'Provisión y prestación de servicios de salud' en el [cual] constan remuneraciones de profesionales de la salud y el presupuesto para adquisición de medicamentos[33].

El hecho de que este sea el tercer sector con mayor presupuesto gubernamental lleva al lector a cuestionarse sobre la inoperancia del Estado al momento de proteger derechos fundamentales y si las medidas cautelares hoy analizadas protegen efectivamente estos derechos, o bien, son un desfogue a problemas de la administración.

Responsabilizar al Estado en forma general es terriblemente impreciso, pero es complicado ubicar al órgano administrativo sobre el cual recae la culpabilidad. Podría tratarse de una falla en los protocolos administrativos invisible incluso ante los ojos de los jueces, ocultando así la redundancia en este problema. Decir que el Ministerio de Salud es el encargado de garantizar estos derechos es una verdad a medias, ya que ha quedado claro que las finanzas, a través de su propio ministerio, también son una forma indirecta de garantía. Siendo más específicos, se llega a quien propuso esta medida cautelar: la Dr. Yolanda

31 Barona Betancourt, Ricardo. *Los Prestadores de Servicios de Salud.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 27.
32 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 14. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.
33 Subsecretaria de Presupuesto. *Resumen Ejecutivo Justificativo Proforma Presupuesto General del Estado 2016.* Quito: Ministerio de Finanzas, 2016, p. 30.

Salcedo coordinadora de salud de la Zona 8, quien, al plantear estas medidas cautelares, lo hace en cumplimiento de sus obligaciones y respaldada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. En lo relativo al Sistema Nacional de Salud Pública, lo primero a resaltar es su estructura que se encuentra definida en el cuerpo normativo relativo a dicho sistema, en el artículo dos.

> El Sistema Nacional de Salud tiene por finalidad mejorar el nivel de salud y vida de la población ecuatoriana y hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud. Estará constituido por las entidades públicas, privadas, autónomas y comunitarias del sector salud[34].

Al referirse a entidades privadas, evidentemente incluye a los prestadores de servicios médicos contratados por el Estado, en este caso los centros de diálisis. Al ser parte de este sistema, se contraen ciertas obligaciones correlativas, algunas de ellas presentes en el artículo 11 de dicho cuerpo normativo. Este aclara que la atención de los centros miembros del sistema nacional de salud debe ser continua, por lo que una interrupción violaría dicha normativa. "El Sistema establecerá los mecanismos para que las instituciones garanticen su operación en redes y aseguren la calidad, continuidad y complementariedad de la atención"[35].

Vale la pena realizar una observación a dicho artículo, pues no queda claro a quién le corresponde la obligación y se torna confuso. Es el Estado, a través del sistema, quien debe establecer mecanismos para que las instituciones sean las que garanticen dicha continuidad. Una vez más, la falta de precisión del legislador ocasiona que se pueda llevar la norma a imprecisas interpretaciones que finalmente eximen de responsabilidad a quienes la incumplen. Pero, finalmente, es parcialmente correcto decir que la Coordinación de Salud Zonal 8 ha logrado cumplir con dicha continuidad, aunque de forma coactiva.

4. Conclusiones

Si se entiende que las medidas cautelares son medidas extraordinarias debido a que se prefiere aplicar esta herramienta que sacrifican ciertos derechos para la preservación de otros, en lugar de resolver problemas subyacentes que demuestran que el mismo proponente es quien está poniendo en riesgo el derecho fundamental. Esto evidencia el pobre análisis que conlleva la aplicación de estas medidas. El aplicar medidas cautelares constitucionales bajo normativa discrecional ocasiona daños de los cuales el Estado podría ser responsable, pues la información requerida para plantear una medida cautelar es mínima, hace invisible la fuente del problema y, en muchas ocasiones, causa actuales o

34 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 2. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.
35 *Eiusdem*. Artículo 11.

potenciales perjuicios con la aparente justificación de precautelar derechos. El caso analizado demuestra que el sistema de derecho ecuatoriano es garantista en un legítimo afán de brindar calidad de vida plena a sus ciudadanos, pero descuida la seguridad jurídica y pone en riesgo el debido proceso.

La razón de ser de las medidas cautelares constitucionales ya ha sido expuesta, dejando clara su utilidad en el ordenamiento y dando fe de la necesidad de su inmediato accionar. El problema se encuentra en los calificativos que rodean a esta como; "procedimiento informal sencillo"[36], además de afirmar que "[n]o se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas"[37]. Además, se añade que se interpondrán las mencionadas medidas "si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley"[38]. Esta libertad y amplitud que nos deja en el terreno de la sana crítica del juzgador es la que merece ser analizada y cuestionada.

El desarrollo realizado sobre esta temática pretende ser solo un detonante de la discusión. Es claro que existen muchas aristas que se dejan por fuera, en especial recordando que estas medidas versan sobre casos concretos y realidades cotidianas, por lo que las particularidades de cada caso pueden llegar a determinar el criterio a favor o en contra del régimen que actualmente se aplica sobre las medidas cautelares. Y, finalmente, esta disquisición recae sobre una valoración de la justicia al momento de aplicar una norma. Bobbio aclara que "[plantear] el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal"[39]. Es esta observación de la realidad —con desapego de la imagen de juzgadores inocuos siempre iluminados por una verdad omnímoda— lo que intranquiliza. Si algo es cierto, es que esta es una herramienta de amplia aplicación en el Estado, con más de 120 medidas cautelares constitucionales remitidas a la Corte Constitucional en el año 2019; y que el tema de la ligereza en el proceso y los derechos vulnerados que conlleva no ha sido tratado con la importancia que merece requerir.

36 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 31. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.
37 *Eiusdem*. Artículo 33.
38 *Eiusdem*.
39 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992, p. 20.